

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

ARBITRAGEM E CORRUPÇÃO: O QUE OS ÁRBITROS PODEM (E DEVEM) FAZER?

*ARBITRATION AND CORRUPTION: WHAT CAN (AND
SHOULD) ARBITRATORS DO?*

Cesar Pereira, C. Arb FCI Arb

Sócio em Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Visiting Scholar na Columbia University, University of Nottingham e George Washington University.

Leonardo F. Souza-McMurtrie

Especialista em Resolução de Disputas no Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. LLM in Comparative and Alternative Dispute Resolution pela Queen Mary University of London. Chevening Scholar e QMUL Comparative and International Dispute Resolution Prize em 2020.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Objeto. 3. Definição e Tratamento de Corrupção. 3.1 Arbitragem e Corrupção no Brasil. 3.2. Arbitragem e Corrupção Internacional; 4. Jurisdição e Admissibilidade de questões envolvendo corrupção. 4.1. Requisito de legalidade nas arbitragens de investimento. 4.2. Efeitos da corrupção no contrato principal sobre a convenção de arbitragem. 4.3. Caso Lagergren em 1963: posição antiga sobre inarbitrabilidade de matérias que ofendam a ordem pública. 4.4. Caso Westinghouse em 1988: posição

sobre autonomia da cláusula compromissória. 4.5. Tratamento Moderno da Arbitrabilidade. 5. Tratando normas de caráter criminal como *lois de police*. 5.1. Lei Imperativa e *Ordre Publique*. 5.2. *Lois de Police*. 5.3. Caso *Mitsubishi v. Chrysler* em 1985: poder dos árbitros para decidir sobre *Lois de Police*. 5.4. Consenso sobre o poder do Tribunal de decidir sobre Leis Imperativas e argumentos baseados em *Lois de Police*. 5.5. O poder dos árbitros para considerar Lei Criminal. 6. Questões probatórias e corrupção; 6.1. Prova de corrupção e ECREE. 6.2. Inversão do ônus da Prova. 6.3. Suspeita de corrupção. 6.4. Cenários de suspeita: *red flags*. 6.5. Poder Autônomo dos árbitros de investigar, ainda que em contraposição às Partes. 6.6. Limitações ao poder de investigação do Tribunal. 6.7. *Iura Novit Curia*. 6.8. Ofensa à Ordem Pública pela omissão dos árbitros em investigar. 7. Efeitos Civis da corrupção. 8. Corrupção enquanto argumento de defesa da Administração Pública. 8.1. Administração como vítima da corrupção no direito penal. 8.2. Arbitragem e efeitos patrimoniais: análise mais minuciosa da participação da administração. 8.3. Doutrina de *clean hands* para lidas com defesas da administração pública. 9. Dever de reportar o ato ilícito. 9.1. Dever de reportar o ato ilícito. 9.1. Existência do dever de reportar pelo art. 40 do CPP. 9.2. Confidencialidade do Procedimento e Dever de Reportar. 9.3. Dever de Reportar em Procedimentos com a Administração Pública. 9.5. Dever de Reportar e a disciplina dos arts. 25 e 26 do Estatuto da Advocacia. 10. Denegação à homologação da sentença arbitral sobre corrupção por ofensa à Ordem Pública: Caso *Alstom* (França). 11. Conclusão. 12. Referências.

RESUMO: Este artigo explora as causas e consequências de alegações de corrupção ou outros atos criminais nos fatos subjacentes a arbitragens que envolvam à administração pública brasileira, especialmente quanto aos poderes e deveres que os árbitros possuem para resolver tais situações. A experiência internacional traz diferentes saídas sobre procedimentos envolvendo corrupção desde 1962, no caso *Lagrergen*, até casos mais recentes em arbitragens de investimento. Aqui, explora-se se o árbitro deve assumir jurisdição sobre as disputas, se elas são

admissíveis, se deve investigar a ocorrência de corrupção e quais as consequências procedimentais e civis caso constate-se sua existência.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Corrupção. Administração Pública. Ordem Pública. Legalidade.

ABSTRACT: This article explores the causes and consequences of allegations of corruption or other criminal acts on the facts underlying arbitration proceedings involving Brazilian State Entities, especially regarding the powers and duties that arbitrators have in order to resolve such situations. International experience brings different outputs on procedures involving corruption since 1962, in the Lagrergen case, to more recent cases in investment arbitration. Here, we explore whether the Arbitral Tribunal should assume jurisdiction over disputes, whether they are admissible, whether to investigate the occurrence of corruption and what the procedural and civil consequences should be if corruption is proven to have happened.

KEYWORDS: Arbitration. Corruption. State Entities. Public order. Legality.

INTRODUÇÃO

All governments suffer a recurring problem: power attracts pathological personalities. It is not that power corrupts but that it is magnetic to the corruptible. *Missionaria Protectiva*, Text QIV (decto) (HERBERT, 1985, p. 99)

Arbitrators facing corrupt transactions should pay heed to the call of poetry—they should pay heed to poetry precisely because when they enter the treacherous territory of bribery and illicit agreements, they fall squarely within a form of poetic paradox, a paradox where they must face seemingly irreconcilable loyalties. Corruption, like few other scourges of society, challenges the arbitrator's loyalties, corruption puts the arbitrator at the crossroads of his allegiance to the parties, to party consent and the arbitration agreement and his allegiance to the international legal order, to his role as guardian of good morals in international trade. Yves Fortier, *When power corrupts, poetry cleanses* (FORTIER, 2015)

No quarto 704 do resort Luzeiros em São Luiz do Maranhão, a Polícia Federal fez uma prisão histórica enquanto o sol se punha na praia atlântica em frente. Alberto, um cambista de origem pobre que trabalhava

comprando bens no Paraguai para revender no Brasil (NASCIMENTO, 2014), foi preso por envolvimento com o tráfico internacional de drogas. Para amenizar a pena, revelou informações que levaram à prisão mais de 150 pessoas. Entre elas, governadores, deputados federais, executivos das maiores empresas do Brasil e presidentes de ao menos 4 (quatro) países (CNN BRASIL, 2021; MPF, 2019a; c,b; 2021; POVO, 2021). Em alguns casos mais de um presidente por país. No exterior, o esquema envolvendo Alberto foi descrito como “o maior escândalo de corrupção da história” (WATTS, 2017), que “abalou a elite” (JACOBS, [s.d.]) e “devastou a economia brasileira” (MIROFF, 2018), lançando desconfiança sobre as instituições.

A prisão de Alberto Youssef em 2014 levou a um grande processo de combate à corrupção, por meio da investigação criminal intitulada Operação Lava Jato e suas múltiplas derivações. O ambiente criado implicou vasta experiência na aplicação, atualização e crítica aos sistemas de prevenção e repressão à corrupção no Brasil (PEREIRA, C. A. G.; LUCIO, HENRY-; MARTIM, 2016). Em 2012, a Lei 12.683 alterara a Lei de Lavagem de Dinheiro. Em 2013, a Lei Anticorrupção fora aprovada – mais tarde, foi regulamentada pelos Decretos 8.420 em 2015 e pelo Decreto 11.129 em 2022. Em 2021, o Congresso Nacional aprovou a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133), com ampliação de sanções administrativas e criminais – embora na mesma época tenha promovido uma reforma da Lei de Improbidade Administrativa com caráter de coartar excessos repressivos da legislação anterior. O Ministério Público Federal e dos Estados, a Controladoria-Geral da União e seus congêneres estaduais e os Tribunais de Contas, para dar alguns exemplos, viram-se obrigados a aplicar ou desenvolver mecanismos antes inexistentes ou incomuns como acordos de colaboração, acordos de leniência e procedimentos de reabilitação. O período após 2014 produziu uma revolução na prática de prevenção e combate à corrupção no Brasil em todos os níveis.

Isso se reflete também na arbitragem. A consideração, nas arbitragens, de temas ligados a corrupção deixou de ser mero exercício teórico e se tornou uma necessidade prática. Muitas das relações jurídicas atingidas por práticas corruptas desaguavam em arbitragens. A questão passou a fazer parte da matéria a ser decidida em muitos procedimentos.

Essa contingência prática não foi acompanhada por nenhuma evolução normativa específica na arbitragem. Em 2015, no meio desse ambiente de iniciativas anticorrupção, a Reforma da Lei de Arbitragem não criou regras de proteção contra corrupção, nem esmiuçou o que árbitros

devem fazer ao se depararem com matéria de fundo que envolve atos de corrupção. Houve referência à participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais, mas com poucos pré-requisitos. Procedimentos arbitrais sobre fatos que envolvem corrupção seguiram sem regulação em legislação específica. Tribunais arbitrais continuam tendo ampla liberdade em como enfrentar os temas ligados à corrupção. E parece haver boas razões para isso.

Este artigo propõe que os árbitros já dispõem de mecanismos para enfrentar casos que envolvam a malversação de recursos públicos, corrupção de agentes públicos ou outros crimes correlatos. Lei específica não é necessária. O estudo examina alguns desses mecanismos e como árbitros podem utilizá-los na condução de procedimentos que envolvam a Administração Pública. Como a Lei 9.307 regula tanto arbitragens domésticas quanto internacionais, o tratamento dado à corrupção dependerá da natureza do procedimento, lei aplicável e nacionalidade das partes. Quando relevante, o estudo faz essa diferenciação.

2. OBJETO

Só há uma forma de seguir as regras do jogo, mas várias de trapacear. A literatura internacional sobre corrupção e arbitragem trata de (i) atos de corrupção na condução do procedimento como, por exemplo, o suborno de peritos ou árbitros; de (ii) corrupção por meio da arbitragem, como a lavagem de dinheiro a partir de procedimentos simulados; mas também de (iii) corrupção nos fatos subjacentes à disputa. O artigo lida exclusivamente com a corrupção envolvendo agentes públicos na matriz fática da disputa. Ou seja, tanto contratos que têm por objeto atos de corrupção quanto contratos obtidos por meio da corrupção de agentes públicos.

Como o artigo foca na experiência brasileira, há apenas breves apontamentos em relação à corrupção privada que, apesar de regulada em países de direito consuetudinário, não é tratada como corrupção no Brasil, mas como estelionato ou fraude.

3. DEFINIÇÃO E TRATAMENTO DE CORRUPÇÃO

3.1 Arbitragem e corrupção no Brasil

Tratando-se de arbitragem entre partes brasileiras, com formação e execução do contrato no Brasil e lei aplicável brasileira, dificilmente será necessário recorrer a diplomas internacionais. Também é improvável

que os árbitros enfrentem questões de lei imperativa (lois de police, tema explorado mais à frente). Por isso, definir corrupção é simples. Do ponto de vista criminal, corrupção strictu sensu é regulada no Código Penal, artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa), proibindo que funcionários públicos recebam oferta, solicitem, ou obtenham vantagem indevida de particular.

O termo “corrupção” alcançou mais amplitude após a publicação da Lei 12.846, a Lei Anticorrupção. A lei não lida apenas com a responsabilização de pessoas jurídicas pelos atos dos artigos 317 e 333 do Código Penal. Vai além e trata de vários atos contra a Administração Pública como fraude à licitação, manipulação do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos e obstrução de investigações. Ou seja, atos criminosos contra a Administração Pública que envolvam desvio de finalidade em prol de ganhos particulares serão normalmente vistos como corrupção (BANCO MUNDIAL, 2021; RUIVO, 2015).

3.2 Arbitragem e corrupção internacional.

Não há uma definição internacional de corrupção. A transparência internacional define o termo como o “uso indevido do poder concedido para benefício privado” (VÉRAS, 2020), o que parece similar à definição nacional no Brasil.

Vários tratados internacionais tratam do tema, como a Convenção Interamericana contra Corrupção (OEA, 1997), a Convenção da OECD sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, 1997), a *Civil Law Convention on Corruption* (CLCC, 1999) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU, 2003). Mas nenhum define especificamente como tratar a corrupção. Aliás, todos os tratados deixam que as legislações nacionais regulem, tratem e coíbam a corrupção de acordo com seus próprios costumes.

Isso se torna um problema quando o Tribunal Arbitral se depara com atos corruptos não investigados nem punidos pelo país estrangeiro. Foi o caso do procedimento *World Duty Free v Kenya* (ICSID, 2006), em que, apesar de o Quênia ter recebido extensas provas documentando o recebimento de propina por um ex-presidente, nada fez. Ou do famoso *Wena Hotels v Egypt* (ICSID, 1999), em que as autoridades egípcias foram notificadas sobre o contrato corrupto, mas decidiram não punir os envolvidos. O Tribunal deve, em nome da moral transnacional, ser assertivo com questões de corrupção quando o próprio país ou entidade governamental prejudicados são lenientes?

4. JURISDIÇÃO E ADMISSIBILIDADE DE QUESTÕES ENVOLVENDO CORRUPÇÃO

4.1 Requisito de legalidade nas arbitragens de investimento

Se os árbitros perceberem que o contrato objeto da disputa foi realizado mediante corrupção ou para operacionalizar corrupção, os efeitos sobre o procedimento dependerão da natureza da arbitragem. Tratando-se de arbitragens de investimento cuja convenção é baseada em tratado internacional, o investidor ficará normalmente impedido de pleitear perante um tribunal arbitral. Vários tratados internacionais de investimento exigem que, para caracterização de investimento, a atividade do investidor seja realizada legalmente no país do investimento (POLKINGHORNE, 2017). Caso se verifique, pela lei nacional do país, que a atividade do investidor é ilegal, o investimento não estará mais protegido pelos parâmetros do tratado internacional de investimento em questão (HEPBURN, 2014). Nesses casos, o tribunal arbitral interpreta não ter jurisdição *ratione materiae*, isto é, que a matéria carece de arbitrabilidade objetiva ou é alheia ao âmbito material da convenção de arbitragem, uma vez que o aporte não será considerado um investimento (KRIEBAUM, 2010) de acordo com os termos do tratado que fundamenta a arbitragem.

4.2 Efeitos da corrupção no contrato principal sobre a convenção de arbitragem

Em arbitragens comerciais, se o tribunal perceber que o contrato administrativo foi celebrado mediante corrupção, ou, de outro modo, para viabilizar a corrupção de agentes públicos, isso não necessariamente terá efeitos sobre a validade da convenção de arbitragem. Por conta dos princípios da competência-competência, que estabelece que o tribunal arbitral tem competência para decidir sobre sua própria competência, e da autonomia da cláusula compromissória, segundo a qual a convenção de arbitragem é contrato autônomo em relação ao contrato principal em que está inserido, a corrupção verificada no acordo principal não necessariamente macula a convenção de arbitragem. Permanece nas mãos dos árbitros o poder de, a depender dos fatos específicos de cada caso, entender pela validade ou não da cláusula de arbitragem. De todo modo, os árbitros são os primeiros competentes a exarar uma decisão em qualquer sentido, resolvendo o litígio como entenderem correto.

4.3 Caso Lagergren em 1963: Posição antiga sobre inarbitrabilidade de matérias que ofendam a ordem pública

Em arbitragens comerciais, se o tribunal perceber que o contrato administrativo foi celebrado mediante corrupção, ou, de outro modo, para viabilizar a corrupção de agentes públicos, isso não necessariamente terá efeitos sobre a validade da convenção de arbitragem. Por conta dos princípios da competência-competência, que estabelece que o tribunal arbitral tem competência para decidir sobre sua própria competência, e da autonomia da cláusula compromissória, segundo a qual a convenção de arbitragem é contrato autônomo em relação ao contrato principal em que está inserido, a corrupção verificada no acordo principal não necessariamente macula a convenção de arbitragem. Permanece nas mãos dos árbitros o poder de, a depender dos fatos específicos de cada caso, entender pela validade ou não da cláusula de arbitragem. De todo modo, os árbitros são os primeiros competentes a exarar uma decisão em qualquer sentido, resolvendo o litígio como entenderem correto.

O árbitro único levantou, de ofício, a inarbitrabilidade do contrato. Segundo Lagergren, o contrato ofenderia a ordem pública francesa, sede da arbitragem, e permitiria atos “*condenáveis pela decência pública e moralidade*”(BERGER, 1996). Seguindo os artigos 1108, 1131 e 1133 do Código Civil Francês, anotou que nenhum efeito pode ser conferido a contratos proibidos por lei ou contrários à boa moral e política pública. Aplicando também o Código de Processo Civil argentino, decidiu que questões que afetem a moral e bons costumes não podem ser decididas por arbitragem¹. Finalizou afirmando que existe um princípio geral do direito, reconhecido pelas nações civilizadas, de que atos que violem a boa moral não podem ser sancionados por cortes ou tribunais arbitrais. O árbitro declinou sua jurisdição para decidir a disputa.

1 No original “After weighing, all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes” (BERGER, 1996)

4.4 Caso Westinghouse em 1988: Posição sobre autonomia da cláusula compromissória

Um caso muito parecido aconteceu vinte anos após a decisão de Lagergren. O caso Westinghouse (arbitragem CCI n. 6401(WESTINGHOUSE V. PHILIPPINES AND NPC, 2022)) tratava da contratação, pelo estado das Filipinas, de empresa para construção da primeira usina nuclear do país. A empresa ganhadora do certame tinha contratado os serviços de um representante comercial que, convenientemente, era amigo de infância do presidente Ferdinando Marcos e primo da primeira-dama. A construção da usina terminou em 1985, mas o presidente Ferdinando Marcos foi destituído pela Revolução de Edsa poucos meses depois. O novo presidente decidiu não completar os pagamentos à Westinghouse e assim a arbitragem começou.

Primeiro, o tribunal decidiu, por conta da doutrina da *Kompetenz-Kompetenz*, ter o poder para determinar sua própria competência, independentemente das alegações de corrupção nos fatos do caso. Ao analisar o tópico de autonomia da cláusula compromissória e se a corrupção do contrato principal a afetaria, contudo, o tribunal encontrou divergência entre as partes. Enquanto a empresa afirmava que a corrupção nunca afetaria a cláusula compromissória, a Administração defendeu que, se o contrato tiver sido contraído por corrupção, daí tanto ele quanto a cláusula de arbitragem seriam nulas. Por mais que o Tribunal tenha concordado com a argumentação da Administração, admitindo que a cláusula de arbitragem provavelmente seria nula caso o contrato principal tivesse sido contraído mediante corrupção, não levou o raciocínio adiante por ausência de provas do suborno de agentes públicos das Filipinas.

4.5 Tratamento moderno da arbitrabilidade

Apesar da discussão inicial, questões de corrupção se tornaram amplamente aceitas como arbitráveis. Michael Hwang adverte que “a decisão em sentido contrário na sentença arbitral do Juiz Lagergren no caso ICC 1110 de 1963, e outros precedentes idiossincráticos, não são seguidos”(HWANG; LIM, 2012). A literatura sugere que, no lugar de lavar as mãos, os árbitros, enquanto juízes de fato e direito limitados apenas pela lei, devem considerar qualquer ilegalidade ao exararem uma decisão de mérito sobre a disputa(MARCENARO, 2015). Concordamos com este ponto. Se o árbitro se depara com situação de corrupção ou

outro ato ilícito, não deve inferir daí a ausência de arbitrabilidade da questão.

Pelo contrário, está dentro do múnus do árbitro lidar e efetivamente aplicar as consequências jurídicas ao mérito da disputa nestes casos. Levando o princípio de competência-competência a sério, o resultado será aceitar a jurisdição sobre esse tipo de demanda (ZIADÉ, 2016). O tribunal deve, como diz Gaillard, “manter sua competência e constatar a nulidade ou ineficácia do acordo por contrariar a ordem pública nacional”². Defende-se até mesmo que o tribunal arbitral não estaria limitado às conclusões oriundas do eventual processo penal correspondente, posição que depende do direito aplicável e das particularidades do caso (PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, 2019).

Desse modo, não se poderia cogitar de eventual aplicação do art. V(2)(a) da CNY – objeção de inarbitrabilidade – a uma sentença arbitral estrangeira que houvesse decidido temas ligados a corrupção. Desde que abrangidos os fatos no escopo da convenção de arbitragem, por consistirem, por exemplo, em temas oriundos ou relacionados com a relação contratual em questão, trata-se de matéria arbitrável.

5. TRATANDO NORMAS DE CARÁTER CRIMINAL COMO *LOIS DE POLICE*

5.1 Lei imperativa e *ordre publique*

Para o árbitro, uma regra de natureza criminal deve ser interpretada como lei imperativa, dentro da doutrina de *lois de police*. Autores e tribunais vêm discutindo como lidar com questões de ordem pública e direito nacional na arbitragem. Muitas jurisdições têm exceções ao acordo de escolha de lei quando há uma lei imperativa ou de ordem pública (ou ‘*ordre publique*’ como o termo francês ficou conhecido na arbitragem internacional) aplicável ao caso (BORN, 2020, p. 296). No entanto, a prática era complicada. Determinar o conteúdo de tal expressão era um problema, sendo considerada por um Tribunal dos Estados Unidos em 1824 como “um cavalo muito indisciplinado, e quando você monta nele, nunca sabe para onde ele o levará” (US COMMON PLEAS, 1823).

² Do original: “le premier, sur lequel une parfaite unanimité existe aujourd’hui, tant dans la jurisprudence étatique que dans la jurisprudence arbitral, est que l’arbitre qui constate que le contrat couvre une activité de corruption ne doit pas en déduire la non-arbitrabilité de la matière et sa propre incompétence, mais retenir sa compétence et constater la nullité ou la non-efficacité de la convention pour contrariété à l’ordre public international » (GAILLARD, 2017)

5.2 *Lois de police*

Muita coisa mudou em duzentos anos. A doutrina de *lois de police* na arbitragem internacional, também conhecida como *Lois de Police*, é aceita (WAINCYMER, 2009). Segundo Mayer, *lois de police* são dispositivos de lei que devem ser aplicados independentemente da lei ou foro que rege a disputa (MAYER, 1986). O artigo 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma permite a aplicação de leis imperativas, mesmo estrangeiras, se “nos termos da lei deste último país, essas regras devem ser aplicadas qualquer que seja a lei aplicável ao contrato”. A Seção 187(2) do Restatement (Second) on Conflict of Laws nos EUA prevê uma solução semelhante.

5.3 Caso *Mitsubishi v. Chrysler* em 1985: Poder dos árbitros para decidir sobre leis de police

Quando se trata do poder dos árbitros de decidir disputas sobre leis imperativas ou matérias que toquem a ordem pública, o caso *Mitsubishi v. Chrysler* decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1985 tornou-se o principal caso internacional. Nele, empresas suíças, japonesas e porto-riquenhas concordaram em produzir e distribuir automóveis nos Estados Unidos. Havia uma cláusula de arbitragem que previa a arbitragem no Japão. Uma vez iniciada a disputa, os Requerentes peticionaram no Tribunal Distrital Federal dos EUA para obrigar o início da arbitragem. A Ré, no entanto, rebateu argumentando que a matéria da controvérsia estava sujeita à Lei Sherman, que regulamenta a concorrência, e, por ser imbricada com a ordem pública, não poderia ser analisada pelos árbitros.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o tribunal arbitral poderia decidir toda a disputa, incluindo os pleitos “surgidos da aplicação da lei antitruste americana, o tribunal, portanto, deveria ser obrigado a decidir essa disputa de acordo com a lei nacional que deu origem à reivindicação” (US SUPREME COURT, 1985). O caso Mars-Labiral na França tem aspectos semelhantes (COUR D’APPEL DE PARIS, 1993).

5.4 Consenso sobre o poder do tribunal de decidir sobre leis imperativas e argumentos baseados em *Lois de Police*

Naon reflete sobre a atual aceitação internacional da doutrina de *lois de police*:

quando são necessárias questões vitais que afetem os interesses públicos ou sociais dos Estados, certas controvérsias internacionais

podem ser regidas exclusivamente por regras substantivas obrigatórias de origem nacional, avançando unilateralmente sua aplicação necessária principalmente com base em suas políticas e objetivos ou propósitos subjacentes, independentemente do contrário vontade das partes e de quaisquer outras regras obrigatórias conflitantes de outros fóruns também competindo para aplicação (GRIGERA NAON, 2020).

A doutrina também tratou de como os tribunais podem lidar com regras obrigatórias (MELO, 2008). Basta dizer que, embora existam preocupações legítimas sobre como a lei nacional será tratada, os árbitros estão tão vinculados às normas públicas e regras obrigatórias quanto os juízes estatais. O Artigo V (2) da Convenção de Nova York, aplicável à maioria das jurisdições, determina que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral podem ser recusados se a matéria não puder ser resolvida por arbitragem ou se a sentença for contrária à ordem pública daquele país. A sentença arbitral que desrespeita a ordem pública pode ser inexecutável.

5.5 O poder dos árbitros para considerar lei criminal

O tribunal arbitral deve pensar na lei penal como lei imperativa inserida no contexto de *lois de police*. Assim como feito no caso Mitsubishi, o tribunal arbitral tem o dever de levar em consideração qualquer comando legal de natureza pública que toque a disputa em questão. Leis de natureza criminal promovem a ordem pública ou, como explica Alexis Mourre, “a política que promovem é considerada tão importante para o fórum que sua violação é punida criminalmente” (MOURRE, 2006). Ainda que o tribunal não possa considerar questões criminais como um juiz criminal o faria, deve fazê-lo dentro das limitações do caso em questão.

6. QUESTÕES PROBATÓRIAS E CORRUPÇÃO

6.1 Prova de corrupção e ECREE

Árbitros devem definir qual o nível de prova necessário para questões relacionadas a corrupção. Aqui, vale o Standard de Sagan: Postulações Extraordinárias Exigem Provas Extraordinárias – ECREE (do original “*extraordinary claims require extraordinary evidence*”). A depender do caso concreto, pode ser necessário demonstrar que ambas as partes do contrato tinham a intenção de corromper ou cometer

fraudes. Em outros, como nos casos de contratação de representantes comerciais, bastaria provar a intenção do representante de participar da corrupção.

A suspeita de corrupção baseada em indícios normalmente não bastará. Esse foi o posicionamento tomado pelo tribunal do caso Westinghouse (arbitragem CCI n. 6401) em que, após instrução extensa, não se encontraram provas sólidas de corrupção durante a obtenção de um contrato público. No Caso CCI n. TCA 2000, o Tribunal decidiu que “uma constatação de ilegalidade ou outra nulidade não deve ser feita de forma leviana, mas deve ser apoiada por provas claras e convincentes”. Como defendem Alexis Mourre e Gary Born³, a saída é justa. O árbitro não é juiz criminal, se as Partes não fornecerem provas bastantes de corrupção, o tribunal não a deve reconhecer nem aplicar os seus efeitos sobre o contrato.

6.2 Inversão do ônus da prova

Segundo Marina Vidal, em casos em que se alega corrupção, é de interesse de todos que o tribunal tenha acesso a provas a partir de quem tiver a melhor capacidade de produzi-las⁴. Nem sempre a corrupção estará documentada. Comumente as provas de corrupção estão mascaradas, obscuras, alteradas ou simplesmente destruídas, sobretudo em se tratando de crime organizado e sofisticado. Pode ser que prova dela venha somente com depoimento de testemunhas ou envolva a oitiva de funcionários públicos. Por conta dessa dificuldade, há quem defenda a inversão do ônus da prova: “se a alegação fosse a falta de licitação e a licitação de fato tivesse sido realizada, seria uma questão simples para a parte licitante apresentar seus documentos de proposta e aviso oficial de adjudicação para refutar a alegação”⁵.

3 No original: “For example, allegations of wrongdoing, particularly serious wrongdoing such as criminal acts, fraud, corruption and the like, require more convincing evidence than other facts. (...) This approach is sensible, both in evidentiary terms and in discouraging baseless allegations of misconduct” (BORN, 2020, p. 2315)

4 “É de interesse de todos que o tribunal arbitral possua os elementos necessários para proferir uma decisão correta e completa, de maneira que a parte que tem melhor capacidade de produzir determinadas provas deve produzi-las, mesmo que para desconstruir argumentos fáticos deduzidos pela parte contrária, mas não comprovados por ela de forma satisfatória. Se não fosse assim, a parte que aduz os fatos, mas não tem à disposição os elementos de prova, seria impedida pela parte contrária de arguir seu próprio caso” (VIDAL, 2021)

5 Do original: “where the allegation is failure to tender, had tender in fact been held it would be a simple matter for the tendering party to produce its tender documents and official notice of award to disprove the allegation” (MILLS, 2003)

Contudo, não é o caso sempre. Em muitas situações, se provar a propina é difícil, provar sua ausência será mais ainda. Além disso, pode-se criar a situação em que uma parte se aproveita da má-reputação de seu adversário para acusá-lo de corrupção e anular o contrato. Nesses casos, a inversão do ônus da prova apenas beneficiaria a parte que age de má-fé (GOLDENBAUM, 2015).

6.3 Suspeita de corrupção

Contudo, isto não quer dizer que a suspeita de corrupção não tenha consequências. O Tribunal pode se deparar com situação em que haja poucas provas da execução do contrato. Ou que, em audiência, as partes façam insinuações sobre obrigações obscuras oriundas do acordo. Ou, ainda, que funcionários públicos tenham obtido vantagens indevidas através da celebração ou da execução do contrato. Em todos esses casos e muitos outros, os árbitros devem, por cautela, manter-se atentos ao que não está sendo dito. Em contrato cujo objeto seja relacionado à corrupção, não raramente as partes tentarão litigar a controvérsia e garantir a execução do acordo sem que o tribunal perceba estar sendo usado como meio para operacionalizar o ilícito.

6.4 Cenários de suspeita: *red flags*

Se (i) alegações forem feitas no procedimento de que a matéria subjacente está maculada por corrupção ou (ii) houver indício fundados de corrupção, o árbitro não pode ignorar os fatos. Ele tem o poder de investigar, colecionar argumentos, produzir provas para corroborar ou rejeitar suas suspeitas, ainda que em contraponto à vontade declarada das partes (ZIADÉ, 2016, p. 444). Analisando sentenças da ICC, Bizeau e Hayes levantaram os quatro cenários mais comuns de corrupção que podem levar os árbitros a exercer o poder de investigar (BAIZEAU; HAYES, 2017):

1. Contrato comercial entre um agente comercial e seu cliente pelo pagamento de comissões, onde o agente comercial é suspeito de obter o contrato por meio de suborno ou tráfico de influência, sobretudo em contratos internacionais;
2. Disputa comercial entre um contratante internacional e uma entidade pública, onde o contrato possa ter sido obtido por meio de corrupção;
3. Disputa de investimento em que há suspeita de o investimento ter sido executado a partir de corrupção;

4. Disputa de investimento onde o investidor alega tratamento diferencial por ter recusado o pagamento de suborno.

6.5 Poder autônomo dos árbitros de investigar, ainda que em contraposição às partes.

Os árbitros, sabendo de indícios de corrupção, têm amplos poderes para investigar de ofício, devendo apenas respeitar preceitos processuais básicos como o devido processo e o contraditório (GAILLARD, 2017). O árbitro tem o dever de aplicar regras imperativas internacionais e esse dever transcende a substância da disputa, atingindo o procedimento. Portanto, os árbitros, ao se depararem com situação de provável corrupção, não estão restritos aos fatos e documentos postos pelas partes, mas devem examinar o caso amplamente (KLAUSNER; PETSCHKE, 2012).

Os árbitros podem se deparar ainda com situação em que uma das partes se omitiu em alegar ou produzir provas da corrupção que alega. Enquanto, de um lado, nesse caso uma investigação ex officio provavelmente beneficiaria a parte omissa, de outro, a corrupção afeta interesses públicos transnacionais que extravasam o simples interesse privado das partes. Não pode ser colocada no mesmo patamar de outros argumentos comuns (BAIZEAU; HAYES, 2017). Afirma-se até mesmo que a omissão dos árbitros em promover tais investigações poderia acarretar consequências negativas tanto para os árbitros, a quem se poderia imputar, em tese e de acordo com o direito interno aplicável, conduta destinada a ocultar ou impedir a apuração dos atos ilícitos envolvidos (BETZ, 2017, p. 289), como também para o resultado do procedimento arbitral (MARCENARO, 2015, p. 145). Mas a gravidade das imputações e de suas consequências exige cautela dos árbitros (MARCENARO, 2015, p. 144).

6.6 Limitações ao poder de investigação do tribunal

O tribunal não investiga corrupção para punir criminalmente a parte. Na verdade, investiga-a para determinar as consequências cíveis da constatação ou não do ilícito nos fatos da demanda (BAIZEAU; HAYES, 2017, p. 248). Ou seja, sua investigação naturalmente será menos profunda e com foco diferente do que aquela em outros tipos de procedimento (JIMENEZ-BLANCO, 2016, p. 199).

Tribunais arbitrais devem ser cautelosos ao investigar. Primeiro, para não agirem fora de seus poderes, o que pode levar à anulação da sentença por decisão *ultra petita*. Mas também para não beneficiar indevidamente uma

parte nem desrespeitar o direito das partes de serem ouvidas(BAIZEAU; HAYES, 2017, p. 248).

6.7. *Iura novit curia*

Os árbitros sempre devem submeter a matéria para que as Partes discutam. Tanto para decidir quanto para comunicar os fatos à autoridade competente, os árbitros observarão um nível de convicção elevado. Salvo situações extraordinárias, os árbitros deverão, antes da sentença final, debater extensamente a questão com as Partes. Em arbitragens domésticas, presume-se que o árbitro sabe o direito, inclusive em relação a atos ilícitos, e o aplica independentemente das alegações das partes(PEREIRA, C., 2019). No entanto, para proteger a sentença, requer-se cautela e o exaurimento do contraditório.

6.8. Ofensa à ordem pública pela omissão dos árbitros em investigar

A corrupção não só é arbitrável como a omissão em investigá-la, havendo provocação das partes ou não, pode configurar ofensa à ordem pública transnacional. Segundo Bernardo Cremades, o maior erro que um tribunal pode cometer ao se deparar com uma questão de corrupção é ignorá-la(CREMADES; CAIRNS, 2003, p. 85). O árbitro tem um dever claro de endereçar a corrupção em seu caso. Há manifestações doutrinárias no sentido de que a ausência de cumprimento do dever de investigar alegações ou suspeitas fundadas de corrupção implica ofensa à ordem pública (BAIZEAU; HAYES, 2017;BETZ, 2017;MARCENARO, 2015).

A ordem pública internacional das nações civilizadas impõe o combate à corrupção, assim como reprova condutas fraudulentas com esta relacionadas. A recusa dos árbitros em examinar ou investigar o tema pode comprometer a validade da sentença arbitral e impedir sua homologação (BETZ, 2017).

7. EFEITOS CIVIS DA CORRUPÇÃO

O reconhecimento da corrupção pode implicar a nulidade da relação jurídica de fundo, embora não necessariamente, como no caso de contratos com objeto lícito, mas obtidos mediante corrupção(FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2015). Pode também acarretar consequências de natureza patrimonial, como ressarcimento, indenizações ou o abatimento do preço contratado(FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2015, p. 169–172).

No Brasil, o regime jurídico do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666, reproduzido no art. 148 da Lei 14.133, assegura, no mínimo, o ressarcimento de custos ao contratado, uma vez que nem mesmo a verificação da conduta reprovável pode levar ao confisco patrimonial do particular ou ao enriquecimento sem causa da Administração⁶. As sanções eventualmente cabíveis devem ser aplicadas e as demais consequências da origem ilícita da contratação devem ser observadas, mas nada suprime o dever de observar as garantias do contratado (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1143).

8. CORRUPÇÃO ENQUANTO ARGUMENTO DE DEFESA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

8.1. Administração como vítima da corrupção no direito penal

A Administração Pública geralmente invoca corrupção na matéria de fundo como defesa, pondo-se na posição de vítima dos atos de corrupção. Na corrupção ativa e passiva, ambas previstas no título XI do Código Penal “Crimes contra a Administração Pública”, o bem jurídico-penal protegido é o regular funcionamento da administração pública⁷. Na corrupção ativa, o particular oferece vantagem indevida a funcionário público e comete crime contra a Administração Pública; na corrupção passiva, o funcionário público solicita ou recebe a vantagem e, por isso, também comete crime contra a Administração Pública. Do ponto de vista criminal, a Administração Pública é por definição a vítima da corrupção, inclusive se praticada por agentes seus.

8.2. Arbitragem e efeitos patrimoniais: análise mais minuciosa da participação da administração

Contudo, ao julgar os efeitos patrimoniais e contratuais da corrupção, os árbitros não estão limitados à definição conceitual da legislação penal, devendo analisar a participação do ente público nos atos de corrupção com mais sofisticação (e ceticismo).

Embora possa ser acolhida em circunstâncias específicas, a postulação de a Administração ser exclusivamente a vítima da corrupção deve ser rejeitada em situações nas quais a Administração tem conhecimento dos

6 Como nos casos STJ. REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2a T., j. 15/05/2012, DJe 24/05/2012 e STJ. REsp 1.188.289/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2a T., j. 14/08/2012, DJe 13/12/2013

7 Apesar de existirem outras teorias sobre o bem jurídico tutelado, todos são relacionados à aparência, funcionamento, dignidade e higidez da administração pública. Ver (RUIVO, 2015)

atos de corrupção ou é indiretamente beneficiada pelo ato de corrupção.⁸ Também seria inadequado atribuir à Administração a condição exclusiva de vítima do ato de corrupção quando a corrupção é sistêmica, integrada ao modo de funcionamento da Administração, ou tolerada pelos órgãos que deveriam combatê-la.⁹

8.3. Doutrina de *clean hands* para lidar com defesas da administração pública

Árbitros podem invocar a doutrina de *clean hands* para lidar com defesas sobre corrupção. Ela prevê que o Tribunal Arbitral não beneficiará a parte se o fundamento de seus pedidos for ato ilegal. A doutrina tem raízes tanto na tradição romano-germânica, por meio do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (MOLOO, 2010) (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza) quanto no direito consuetudinário, baseado na equidade (“he who comes into equity must come with clean hands”) (ANENSON, 2017), podendo ser utilizada tanto em arbitragens conduzidas por direito brasileiro, quanto estrangeiro, realizadas no Brasil ou no exterior. A doutrina foi usada inclusive em Direito Internacional Público em arbitragens de investimento e é igualmente aplicável a arbitragens comerciais (ANENSON, 2017; SEIFI; JAVADI, 2018; SRINIVASAN et al., 2014).

9. DEVER DE REPORTAR O ATO ILÍCITO

9.1. Existência do dever de reportar pelo art. 40 do CPP

Se o tribunal arbitral constatar que houve corrupção, deve reportar às autoridades competentes? Sim, conforme já afirmado anteriormente por um dos autores (PEREIRA, C., 2019). Esse é o posicionamento mais adotado e que parece ser o mais eficaz para proteger a arbitragem enquanto instituto (PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, 2019). O artigo 40 do Código de Processo Penal exige que juízes, cientes de crime de ação pública, remetam os autos ao Ministério Público para oferecimento de

8 A contrario, (FERNÁNDEZ-ARRESTO, 2015) (“*The corrupted party is not to be blamed: it is unaware of the existence of corruption and does not benefit from it*”).

9 Juan Fernández-Arresto separa a responsabilidade da entidade estatal daquela dos seus agentes, assim como afirma que a existência de corrupção generalizada não reduz a responsabilidade do corruptor. No entanto, ressalva que “*there may be situations where the corrupted party knew (or must have known) of the existence of corruption, and did not take any action, incurring in culpa in vigilando when supervising its officers and related persons. In such cases, tribunals will have to balance the misconduct of both parties*” (FERNÁNDEZ-ARRESTO, Juan. p. 170).

denúncia. Cumula-se isso com o artigo 17 da Lei de Arbitragem, que equipara os árbitros a funcionários públicos para efeitos de legislação penal.

9.2. Confidencialidade do procedimento e dever de reportar

Contudo, muitos procedimentos arbitrais são confidenciais. O tribunal arbitral, então, se vê entre duas obrigações: a de reportar e a de manter a confidencialidade do procedimento. O combate à atividade criminosa, sobretudo quando há corrupção, se sobrepõe à previsão contratual de confidencialidade e permite a aplicação do artigo 40 do CPP. Os árbitros devem, nesse momento, focar em manter uma eventual sentença arbitral válida, afastando qualquer aparência de conivência ou omissão em relação aos atos de corrupção.

9.3. Dever de reportar em procedimentos com a administração pública

Na maior parte dos casos, o tribunal arbitral não enfrentará essa colisão de princípios. O artigo 2º da Lei de Arbitragem exige que a arbitragem com a Administração Pública respeite o princípio da publicidade.

No caso de arbitragens submetidas ao princípio da publicidade, a realização dos valores fundamentais do combate à corrupção e à atividade criminosa e a proteção da própria legitimidade e dignidade da arbitragem prevalecem em relação à confidencialidade e permitem a aplicação do art. 40 do CPP, observados os limites reconhecidos para tal dispositivo no âmbito do processo penal e a equiparação prevista no art. 17 da Lei nº 9.307. Tal como as exigências relativas à apuração, provocada ou de ofício, dos fatos relativos à conduta corrupta, a observância do dever de comunicação favorece a arbitragem na medida em que evita que esta se transforme em um instrumento para a ocultação de práticas ilícitas.

Evidentemente, os árbitros devem submeter a matéria à discussão das partes, se suscitada de ofício, e observar uma elevada exigência de convicção para a adoção de tal medida. Ressalvadas situações extraordinárias ou urgentes, o momento típico para tal eventual comunicação pelos árbitros será o da sentença arbitral, quando haverá certeza jurídica dos árbitros acerca dos fatos e o exercício efetivo da sua função pública (arts. 17 e 18 da Lei nº 9.307), não o de fase intermediária anterior, em que o ponto ainda poderia ser objeto de mera suspeita.

9.4. Dever de reportar e a disciplina dos arts. 25 e 26 do estatuto da advocacia

Daniel F. Jacob Nogueira lembra que árbitros inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil estão sujeitos aos seus deveres ético-profissionais como advogados, o que envolve o dever de sigilo.¹⁰ O advogado brasileiro não poderia dispor, sem autorização, das informações que detivesse em função de seu ofício. O advogado, quando no exercício da função de árbitro, deveria guardar sigilo quanto aos fatos de que tome conhecimento em decorrência do procedimento. O artigo 25 do Estatuto da OAB especifica que o advogado só pode abrir mão unilateralmente do sigilo profissional quando enfrentar “grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo”. O artigo 26, por sua vez, impõe que o advogado deve guardar sigilo ainda que em depoimento judicial sobre “o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar”. De outro lado, o Provimento n. 196/2020 do Conselho Federal da OAB estabelece que “constitui atividade advocatícia, para todos os fins, a atuação de advogados como (...) árbitros”. Sendo a atuação como árbitro uma atividade advocatícia, incidiria o sigilo profissional e ficariam os árbitros inscritos na OAB impedidos de reportar a ocorrência de crime.

Contudo, Daniel F. Jacob Nogueira ressalva que, por três circunstâncias diferentes, o dever de revelação superaria eventuais impedimentos ético-profissionais. Primeiro, para dar cumprimento à legítima expectativa conjunta das partes decorrente, direta ou indiretamente, da convenção de arbitragem, seria circunstância excepcional constitutiva de justa causa para o afastamento do dever de sigilo do advogado árbitro; tais legítimas expectativas incluiriam a proteção do procedimento contra atos ilegais praticados por atores procedimentais (partes, testemunhas, advogados, peritos, representantes institucionais etc.) no curso da arbitragem. Segundo, quando necessário para descaracterizar sua anterior ciência de participação em ilegalidade sub-reptícia à causa de pedir, o afastamento do dever de sigilo poderia ser justificado pela necessidade de defesa da honra do árbitro advogado. Por último, em função dos princípios que regem a formação de negócios jurídicos com a Administração Pública, seria lícito presumir que a legítima expectativa dos signatários da convenção de arbitragem incluiria a proteção da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da

10 Em várias palestras proferidas entre 2017 e 2022. Segundo o autor, há manuscrito aguardando publicação: NOGUEIRA, Daniel F. Jacob. Crimes e Arbitragem: a deontologia profissional do advogado atuando como árbitro. Manuscrito. 2022.

proibidade administrativa; portanto, o fato de a Administração Pública direta ou indireta ser parte do procedimento arbitral seria justa causa suficiente a legitimar a comunicação de qualquer ilícito constatado no curso do procedimento pelo árbitro advogado sem risco de responsabilização ético-disciplinar.

10. DENEGAÇÃO À HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL SOBRE CORRUPÇÃO POR OFENSA À ORDEM PÚBLICA: CASO ALSTOM (FRANÇA)

É possível que os árbitros investiguem e concluem pela inexistência de corrupção, ou mesmo que reconheçam a existência de corrupção, mas não lhes deem o tratamento jurídico pretendido pela parte interessada.

Esta discussão veio à tona no caso Alstom, decidido pela Corte de Apelações de Paris e, posteriormente, pela Suprema Corte Francesa (STEFANI, 2021). Nele, a requerida, Alstom Transport S.A. havia firmado contratos de consultoria com a requerente, ABL, para assistir a Alstom na obtenção de três contratos com o governo chinês. Depois de obtidos os contratos, a Alstom se recusou a pagar parte dos honorários da ABL sob a alegação de que poderiam ser usados para subornar servidores públicos chineses. O Tribunal Arbitral entendeu que não houve corrupção envolvida nos contratos e ordenou que Alstom pagasse o valor remanescente.

Durante o processo de execução da sentença arbitral perante as cortes francesas, a Corte de Apelação de Paris decidiu que teria o poder de examinar de modo pleno (“de novo *review*”), tanto em relação ao direito quanto aos fatos, se a execução de uma sentença arbitral ofenderia a ordem pública francesa. Na decisão, reanalisando os fatos do caso, a Corte de Apelação decidiu haver prova indiciária bastante de corrupção para motivar a recusa à homologação da sentença.

A Corte de Cassação francesa, contudo, reverteu a decisão. Não por conta dos princípios legais estabelecidos na Corte de Apelação quanto à amplitude da revisão judicial, mas por considerar que, nos fatos, o Tribunal inferior tinha analisado incorretamente os depoimentos de algumas testemunhas durante a arbitragem (SEBASTIAN, 2021).

O posicionamento do Judiciário francês impõe reflexão acerca dos limites do juízo formulado pelas cortes encarregadas da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, com base em convenções internacionais como a Convenção de Nova York e outras similares. No Brasil, a jurisprudência anterior do STF e a atual do STJ sempre reafirmaram que a revisão judicial existente no juízo de homologação é de mera delibação, de verificação dos contornos extrínsecos da decisão. Assim, o que configuraria ofensa à ordem

pública e autorizaria a recusa da homologação seria a efetiva omissão dos árbitros em proferir decisão acerca da realização de investigações e, se for o caso, de seu resultado, em face de alegações ou suspeitas fundadas de corrupção (MARCENARO, 2015). A análise dos fatos e das provas seria exclusiva do tribunal arbitral, cuja decisão mereceria a deferência do Judiciário em relação ao seu conteúdo – no caso em exame, a conclusão final sobre a existência ou não de corrupção. Na visão adotada pelo Judiciário francês, sendo o tema da corrupção relacionado com a ordem pública, o art. V(2) (b) da Convenção de Nova York e regras similares internas ou de outros tratados autorizaria a sua revisão ilimitada (“de novo”) pelo Judiciário na fase de homologação da sentença arbitral estrangeira.

Trata-se de tema ainda em aberto no Brasil, não analisado pelo STJ de modo específico em processos de homologação de sentença arbitral estrangeira. O próprio reconhecimento da ofensa à ordem pública pela sentença arbitral, na forma do art. V(2)(b) da CNY, é excepcional (APRIGLIANO, 2011; PAIVA MUNIZ; BASÍLIO, 2016). Em nenhum dos casos examinados pelos tribunais competentes brasileiros (STF ou STJ) envolvendo contratos administrativos se reconheceu a sua ocorrência¹¹. A visão consolidada acerca dos limites do juízo de delibação leva à conclusão de que somente a efetiva e deliberada omissão dos árbitros na apuração ou decisão sobre a corrupção implicaria violação da ordem pública nesse campo. Mas essa solução pode não enfrentar diretamente o ponto levantado pelas decisões do Judiciário francês: a ofensa à ordem pública não estaria limitada ao aspecto processual de se e como o tema é tratado pela sentença arbitral, mas em aferir se o efeito concreto da sentença arbitral é contrário às diretrizes de ordem pública de combate à corrupção.

11. CONCLUSÃO

O tratamento de corrupção não é assunto novo na arbitragem internacional. Pelo menos desde o caso Lagergren nos anos 60, a comunidade arbitral vem discutindo e se sofisticando em como lidar com questões de grave interesse público, como o combate à corrupção. Tanto que, enquanto o Juiz Lagergren se recusou a decidir em um caso pois o contrato tinha objeto ilícito, hoje a comunidade, a despeito da reverência pela pessoa do juiz, rejeita a saída então adotada. Pelo contrário, tribunais arbitrais são incentivados a enfrentar alegações ou suspeitas de corrupção,

11 (PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, 2019) Em um deles, de 1994, houve o reconhecimento de uma ofensa processual à ordem pública pelo fato de a sentença não ser fundamentada. A ausência de homologação foi logo suprida pela edição de lei autorizando o pagamento daquela e outras sentenças similares.

a aproveitarem os amplos poderes instrutórios que tem e se tornarem parte do mecanismo anticorrupção.

A natureza privada da arbitragem não a torna incompatível com as diretrizes públicas de combate a corrupção. Entre os deveres do árbitro está o de aplicar leis imperativas, nacionais ou estrangeiras, que incidam sobre o caso.

Nesse contexto específico, os árbitros podem estar bem equipados para combater a corrupção. Por não estarem restritos a um sistema judicial fechado e a suas leis, árbitros internacionais (e em algum grau também os nacionais) podem dar mais atenção a leis imperativas estrangeiras e à moral transnacional. Inclusive em relação a questões de probidade e combate à corrupção.

12. REFERÊNCIAS

ANENSON, T. L. *Announcing the Clean Hands Doctrine*. UCDC Rev., [s.l.], v. 51, p. 1827, 2017.

APRIGLIANO, R. de C. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: [s.n.], 2011.

BAIZEAU, D.; HAYES, T. *The arbitral tribunal's duty and power to address corruption sua sponte*. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, [s.l.], v. 19, p. 225–265, 2017.

BANCO MUNDIAL. *Pesquisa sobre Ética e Corrupção no Serviço Público*. World Bank. 2021. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/brazil-integrity-governance-public-sector-research>>. Acesso em: 07/jul./22.

BERGER, K. P. *ICC Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, at 47 et seq. (also published in: Arb.Int'l 1994, at 282 et seq.)*. 1996. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq-/>. Acesso em: 22/ago./22.

BETZ, K. *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*. [s.l.]: Cambridge University Press, 2017. ISBN: 1-108-41784-1.

BORN, G. B. *International commercial arbitration*. [s.l.]: Kluwer Law International BV, 2020. ISBN: 94-035-2644-0.

BRASIL. D3678. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 24/ago./22.

CLCC. *Civil Law Convention on Corruption*. 1999. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=174>>. Acesso em: 24/ago./22.

CNN BRASIL. *Lava Jato deixa de existir no Paraná e passa a integrar Gaeco, diz MPF*. CNN Brasil. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/lava-jato-deixa-de-existir-no-parana-e-passa-a-integrar-gaeco-diz-mpf/>>. Acesso em: 07/jul./22.

CREMADES, B. M.; CAIRNS, D. J. *Trans-national Public Policy in International Arbitral Decision-Making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud. Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Arbitration-Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC Publication, [s.l.], no 651, p. 65, 2003.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. *The effects of a positive finding of corruption. Addressing issues of corruption in commercial and investment arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, [s.l.], v. 13, 2015.

FORTIER, L. Y. *Arbitrators, corruption, and the poetic experience: 'When power corrupts, poetry cleanses'*. *Arbitration International*, [s.l.], v. 31, no 3, p. 367-380, 2015. ISSN: 0957-0411, 1875-8398, DOI: 10.1093/arbint/aiv029.

GAILLARD, E. *La corruption saisie par les arbitres du commerce international*. *Revue de l'arbitrage*, [s.l.], v. 2017, no 3, 2017.

GOLDENBAUM, D. *Arbitre International Face a la Corruption*. *McGill J. Disp. Resol.*, [s.l.], v. 2, p. 82, 2015.

GRIGERA NAON, H. A. *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*. [s.l.], 2020. ISSN: 9783161583650, DOI: 10.1628/978-3-16-158365-0.

HEPBURN, J. *In accordance with which host state laws? Restoring the 'Defence' of investor illegality in investment arbitration*. *Journal of International Dispute Settlement*, [s.l.], v. 5, no 3, p. 531-559, 2014. ISSN: 2040-3585.

HERBERT, F., . *Chapterhouse: Dune*. [s.l.]: [s.n.], 1985. ISBN: 0-399-13027-6.

HWANG, M.; LIM, K. *Corruption in Arbitration-Law and Reality*. Asian Int'l Arb. J., [s.l.], v. 8, p. 1, 2012.

ICSID. *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 | italaw. 1999. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1162>>. Acesso em: 26/ago./22.

_____. *World Duty Free Company v Republic of Kenya, Award* | italaw. 2006. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/3281>>. Acesso em: 26/ago./22.

JACOBS, A. *At the Birthplace of a Graft Scandal, Brazil's Crisis Is on Full Display - The New York Times*. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/06/11/world/americas/brazil-corruption-dilma-rousseff-operation-car-wash.html>>. Acesso em: 18/ago./22.

JIMENEZ-BLANCO, G. *Arbitraje y corrupción*. [s.l.], 2016.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, [s.l.], 2021.

KLAUSNER, A.; PETSCHKE, A. *Crime and Arbitration: Arbitration and Corruption*. Austrian Yearbook on International Arbitration. [s.l.]: [s.n.], 2012.

KRIEBAUM, U. *Chapter V: Investment Arbitration. Illegal Investments*. Austrian arbitration yearbook, [s.l.], 2010.

MARCENARO, E. *Arbitrators' Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption*. BAIZEAU, Domitille, KREINDLER, Richard H. Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, [s.l.], v. 13, 2015.

MAYER, P. *Mandatory rules of law in international arbitration*. Arbitration International, [s.l.], v. 2, no 4, p. 274-293, 1986. ISSN: 0957-0411, 1875-8398, DOI: 10.1093/arbitration/2.4.274.

MELO, J. S. *De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público*. El contrato de Arbitraje. Colombia: Legis, 2008.

MILLS, K. *Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration relating Thereto*. [s.l.]: [s.n.], 2003.

MIROFF, N. *A corruption scandal wrecked Brazil's economy. Now, workers face the consequences.* - *The Washington Post*. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/a-corruption-scandal-wrecked-brazils-economy-now-workers-face-the-consequences/2017/06/16/a2be0faa-505b-11e7-b74e-0d2785d3083d_story.html>. Acesso em: 18/ago./22.

MOLOO, R. *A comment on the Clean Hands doctrine in international law.* Inter Alia, [s.l.], p. 39, 2010.

MOURRE, A. *Arbitration and criminal law: reflections on the duties of the arbitrator.* Arbitration International, [s.l.], v. 22, no 1, p. 95–118, 2006. ISSN: 1875-8398.

MPF. *Efeitos no Exterior — Caso Lava Jato.* 2019a. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/efeitos-no-exterior>>. Acesso em: 08/jul./22.

_____. *Entenda o caso — Caso Lava Jato.* 2019b. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 07/jul./22.

_____. *Resultados — Caso Lava Jato.* 2019c. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 07/jul./22.

_____. *Apoio a operações, incluindo ao caso Lava Jato, marca atuação do Gaeco no Paraná.* MPF. 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/apoio-a-operacoes-incluindo-ao-caso-lava-jato-marca-atuacao-do-gaeco-no-parana>>. Acesso em: 07/jul./22.

NASCIMENTO, A. *Quem é Alberto Youssef, o doleiro suspeito no governo e na Petrobras* | GZH. 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/04/quem-e-alberto-youssef-o-doleiro-suspeito-no-governo-e-na-petrobras-4485137.html>>. Acesso em: 26/ago./22.

OEА. *Convenção Interamericana contra a Corrupção.* 1997. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>. Acesso em: 24/ago./22.

ONU. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.* 2003. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em: 24/ago./22.

PAIVA MUNIZ, J.; BASÍLIO, A. T. P. *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure.* USA: Juris Publishing, 2016.

PEREIRA, C. *Corrupção e arbitragem: os árbitros diante da alegação ou constatação de práticas ilícitas pelas partes*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, [s.l.], 2019.

PEREIRA, C. A. G.; LUCIO, J. HENRY-; MARTIM, L. P. *Brazil's Anti-Corruption Laws, the FCPA and the UK Bribery Act: A Comparative View*. Brazil Infrastructure Law. [s.l.]: [s.n.], 2016.

PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, L. *Sentenças arbitrais estrangeiras e Administração Pública: um paralelo entre a homologação de sentenças anuladas e o tratamento das objeções de ordem pública*. Arbitragem Comercial Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque. 1 ed. São Paulo: [s.n.], 2019.

POLKINGHORNE, M. *The Legality Requirement in Investment Arbitration*. Journal of International Arbitration, [s.l.], v. 34, no 2, 2017.

POVO, T. C., especial para a Gazeta do. *Lava Jato: quanto dinheiro foi recuperado e para ele onde foi*. Gazeta do Povo. 2021. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/lava-jato-dinheiro-recuperado-destino/>>. Acesso em: 07/jul./22.

RUIVO, M. A. *O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, [s.l.], v. 25, p. 263–283, 2015.

SEBASTIAN, P. *French bribery ruling overturned in Alstom case - Global Arbitration Review*. 2021. Disponível em: <<https://globalarbitrationreview.com/french-bribery-ruling-overturned-in-alstom-case>>. Acesso em: 31/ago./22.

SEIFI, J.; JAVADI, K. *The Consequences of the “Clean Hands” Concept in International Investment Arbitration*. Asian Yearbook of International Law, Volume 19 (2013). [s.l.]: Brill Nijhoff, 2018. p. 122–170.

SRINIVASAN, D. et al. *Effect of bribery in international commercial arbitration*. International Journal of Public Law and Policy 3, [s.l.], v. 4, no 2, p. 131–146, 2014. ISSN: 2044-7663.

STEFANI, L. *New Developments in France on the Alstom Saga: The French Supreme Court Overrules the Paris Court of Appeal's Decision to Deny Enforcement of the Arbitral Award on the Grounds of Corruption*. Kluwer Arbitration Blog. 2021. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/12/18/new-developments-in-france-on-the-alstom-saga-the-french-supreme-court-overrules-the-paris>>

court-of-appeals-decision-to-deny-enforcement-of-the-arbitral-award-on-the-grounds-of-corruption/>. Acesso em: 31/ago./22.

VÉRAS, F. S. C. *Arbitragem e corrupção: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro*. [s.l.], 2020.

VIDAL, M. C. R. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. [s.l.]: Grupo Almedina, 2021. ISBN: 6556272981.

WAINCYMER, J. *International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law*. Asian Int'l Arb. J., [s.l.], v. 5, p. 1, 2009.

WESTINGHOUSE V. PHILIPPINES AND NPC. *Westinghouse v. Philippines and NPC*. Investment Arbitration Reporter. 2022. Disponível em: <<https://www.iareporter.com/arbitration-cases/westinghouse-v-philippines-and-npc/>>. Acesso em: 26/ago./22.

ZIADÉ, N. G. *Accountability for Corruption in Investment Arbitration: Equitable Remedies for Findings of Illegality*. BCDR International Arbitration Review, [s.l.], v. 3, no 2, 2016.